

## Ihre Mandanteninformationen des Monats Februar 2010

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Ihnen nun vorliegende Brief möchte Sie über wesentliche, vollzogene oder geplante Änderungen im Steuer- und Wirtschaftsrecht der letzten Monate informieren und Ihnen Anlass bieten, auch bestehende Sachverhalte zu überprüfen.

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

### Inhalt

#### **Privatbereich**

1. Außerordentliche Kündigung bei vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit
2. Wärmedämmung einer Hauswand über die Grundstücksgrenze hinaus
3. Anrechnung von Vorempfängen auf Erbteile
4. Selbstanzeige: Keine Erweiterung der Festsetzungsfrist
5. Anschaffung eines Gebäudes: Anschaffungsnahe Aufwendungen
6. Aufwendungen für Sprachkurs im EU-Ausland als Werbungskosten
7. Honorar für halbstündige Beratung ohne Honorarvereinbarung
8. Kollateralschaden: massive Steuerstraftaten kosten Arztzulassung
9. Schenkungsteuer: Vermögensübertragung auf rechtsfähige Stiftung
10. Abzugsfähigkeit bei Dienstreisen mit Urlaub: Rechtsprechungsänderung

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Grundstückskauf: Verbot von Neuvermietungen
2. Verdachtskündigung wegen dringendem Straftatverdacht
3. Fristlose Kündigung wegen Annahme privater unentgeltlicher Vorteile
4. Werkstattinventar keine wesentliche Betriebsgrundlage
5. Vorsteuerabzug: 10 %-Grenze gilt weiterhin
6. Genossenschaftsanteile als gewillkürtes Betriebsvermögen
7. Buchführungspflicht hängt auch von den Auslandsumsätze ab
8. Vereinfachungsregelung für Konsignationslager
9. Pkw-Überlassung an Handelsvertreter
10. Trennung der Bemessungsgrundlagen: Erleichterung für Spediteure etc.
11. Abgabe von Speisen und Getränken: 7 oder 19 %
12. Neues zur Kfz-Nutzung aus dem BMF
13. Umsetzung von EU-Vorgaben im UStG
14. Beginn der Verjährungsfrist für Anspruch gegen Steuerberater
15. Steuerbefreiung für Musiklehrer

16. Verfassungsbeschwerde gegen die Zulässigkeit privater Digitalkopien
17. Krankmeldung nach Streit mit Arbeitgeber
18. Lieferung und Einpflanzung von Pflanzen, zu welchem Steuersatz?
19. Unternehmensfortführung i. S. v. § 25 Abs. 1 HGB
20. Abspaltung durch Neugründung bewirkt keine Gesamtrechtsnachfolge
21. Anwaltliche Beratungsfehler bei Gesamthandsgemeinschaften

#### **GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer**

1. Wertaufholung bleibt zunächst steuerfrei
2. Verunglückte Organschaft durch zu späte Eintragung
3. Abzinsungspflicht für unverzinsliche Gesellschafterdarlehen
4. Organgesellschaft zahlt Steuerschuld des -trägers: Ins.-anfechtung?
5. Erkennbarkeit des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch GmbH-GF

### **Privatbereich**

#### **1. Außerordentliche Kündigung bei vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit**

##### **Kernfrage/Rechtslage**

Bei besonders schweren Pflichtverletzungen kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auch ohne vorherige Abmahnung fristlos kündigen. Das Hessische Landesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob eine fristlose Kündigung wirksam ist, wenn ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer auf ein Angebot zur Schwarzarbeit eingeht, sich aber außerhalb des Lohnfortzahlungszeitraums befindet, also dem Arbeitgeber kein unmittelbarer wirtschaftlicher Schaden entstehen würde.

##### **Entscheidung**

Nach 20-jähriger Beschäftigung wurde dem Kläger betriebsbedingt gekündigt. Nachdem der Kläger darauf hin langfristig erkrankte, schaltete der Arbeitgeber einen Detektiv ein, der dem Kläger ein fingiertes Angebot zur Schwarzarbeit unterbreitete, das der Kläger bereit war anzunehmen. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber fristlos. In der hiergegen eingelegten Klage trug der Kläger vor allen Dingen vor, dass der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum schon abgelaufen gewesen sei, so dass dem Arbeitgeber kein finanzieller Schaden entstanden sei. Das Landesarbeitsgericht wies die Klage ab. Nach dem Ergebnis des Verfahrens stehe fest, dass der vermeintlich kranke Kläger schwarz gearbeitet habe, womit der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert sei. Eine vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit könne aber eine erhebliche Vertragspflichtverletzung darstellen, die auch ohne vorherige Abmahnung eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertige. Das gelte auch dann, wenn - wie hier - zum Zeitpunkt der Täuschungshandlung der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum schon abgelaufen sei und der Arbeitnehmer sich damit keine Entgeltfortzahlung erschlichen habe.

##### **Konsequenz**

Bereits das Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit reicht aus, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Dabei kann das Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit dadurch nachgewiesen werden, dass der vermeintlich kranke Arbeitnehmer auf ein Angebot zur Schwarzarbeit eingeht.

#### **2. Wärmedämmung einer Hauswand über die Grundstücksgrenze hinaus**

##### **Kernaussage**

Der Eigentümer eines Grundstücks muss es nicht dulden, dass die Wand eines an die Grundstücksgrenze gebauten Nachbarhauses mit Wärmedämmplatten versehen wird, die mehrere Zentimeter in den Luftraum seines Grundstücks hineinragen.

### **Sachverhalt**

Die benachbarten Parteien streiten im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens um die Zulässigkeit eines Überbaus an einer Außenwand zum Zwecke der Wärmedämmung. Der Beklagte ließ Anfang 2009 mit nachträglicher Genehmigung des Klägers auf dessen Grundstück in der Einfahrt an seiner Fassade ein Gerüst aufstellen, um Instandsetzungsarbeiten am Giebel vorzunehmen. Später stellte der Kläger fest, dass der Beklagte begann, auf der Außenwand seines Hauses eine Isolierung anzubringen, die im fertigen Zustand mit einer Breite von 15 cm in sein Grundstück hineinragen und die Einfahrt verengen würde. Nach erfolglosem Widerspruch gegen die Dämmmaßnahmen erwirkte der Kläger beim LG den Erlass einer einstweiligen Verfügung, die dem Beklagten das Anbringen einer in das Grundstück des Klägers hineinragenden Isolierung untersagte. Auf den Widerspruch des Beklagten wurde die Verfügung durch Urteil bestätigt. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

### **Entscheidung**

Dem Kläger stand gegen den Beklagten der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Nach den zivilgesetzlichen Vorschriften hat ein Nachbar einen Überbau zu dulden, wenn der Grundstückseigentümer bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut hat, ohne vorsätzlich oder grob fahrlässig zu handeln, und wenn nicht vor oder unverzüglich nach der Grenzüberschreitung Widerspruch eingelegt wurde. Hier handelte der Beklagte zumindest grob fahrlässig. Er hätte sich durch Hinzuziehung eines Vermessungsingenieurs vergewissern müssen, ob der für die Bebauung vorgesehene Grund und Boden in seinem Eigentum steht und er seine Grundstücksgrenzen überschreitet. Auch führt allein das generelle Interesse des Eigentümers oder das Gemeinwohlinteresse an einer besseren Wärmedämmung nicht schon zu einer Duldungspflicht aufgrund des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses. Zwingende Gründe für die Dämmung waren vom Beklagten nicht vorgetragen worden.

## **3. Anrechnung von Vorempfängen auf Erbteile**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Vorempfänge, die ein Miterbe erhalten hat, sind nur dann im Rahmen der Erbauseinandersetzung untereinander auszugleichen bzw. auf ein Erb- oder Pflichtteil anzurechnen, also als Auseinandersetzungsbestimmung zu berücksichtigen, wenn dies gesetzlich vorgesehen oder vom Erblasser angeordnet worden ist. Dabei stellt sich die Frage, ob diese Anordnung des Erblassers in testamentarischer Form erfolgen muss, oder ob diese auch rechtsgeschäftlich erfolgen kann. Hierüber hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden.

### **Entscheidung**

Der Kläger ist der Sohn des Erblassers aus erster Ehe. In einem ersten Testament aus 1978 setzte der Erblasser seine zweite Ehefrau, den Kläger und dessen Halbschwester zu gleichen Teilen als Erben ein. Der Erblasser schenkte dem Kläger im Juli 1978 einen Betrag von 3,6 Mio. DM. Gleichzeitig legte er in einer vom Kläger unterschriebenen Schenkungsvereinbarung fest, dass dieser sich den Betrag auf seinen Erb- oder Pflichtteil anrechnen lassen muss. Mit notariellem Erbvertrag aus 1984 verzichtete der Kläger gegenüber dem Erblasser auf seinen Pflichtteil. Im gleichen Jahr setzte der Erblasser den Kläger erbvertraglich zu einem Viertel seines Nachlasses als Erben ein. Nach dem Tod seiner zweiten Frau im Jahre 1995 heiratete der Erblasser die Beklagte. Im Jahre 1997 gewährte der Erblasser dem Kläger eine weitere Zuwendung in Höhe von 600.000 DM. In eigenhändigen Testamenten aus den Jahren 1998 und 1999 wurde der Kläger enterbt und festgestellt, dass er seinen Pflichtteil bereits erhalten habe. Mit seiner Klage begehrte er die Feststellung, dass er sich die Schenkung von 3,6 Mio. DM nicht auf sein durch Erbvertrag aus 1984 erhaltenes Erbe anrechnen lassen müsse. Widerklagend beantragte die Beklagte festzustellen, dass sich der Kläger auch den Betrag von 600.000 DM auf seinen Erbteil anrechnen lassen müsse. Das Gericht gab dem Kläger Recht. Die Anordnungen zur Anrechnung der Vorempfänge auf den Erbteil in den Testamenten des Erblassers aus 1998 und 1999 waren unwirksam, weil es um eine Einschränkung oder Aufhebung der Erbinsetzung ging, die nicht testamentarisch aufgehoben werden konnte. Es hätte eines ändernden Erbvertrages bedurft. Außerhalb der gesetzlichen Anrechnungsregelungen konnte der Erblasser keine

Anrechnungen von Vorempfängen im Erbfall vereinbaren. Will er dies erreichen, muss er dies durch letztwillige Verfügung anordnen.

#### **Konsequenz**

Ein Erblasser, der bei der Auseinandersetzung unter Miterben die Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil über die dazu bestehenden gesetzlichen Regeln hinaus erreichen will, muss dies durch letztwillige Verfügung anordnen. Für Erbauseinandersetzungen verbindliche Anordnungen können nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffen werden.

### **4. Selbstanzeige: Keine Erweiterung der Festsetzungsfrist**

#### **Kernaussagen**

Ermittlungen der Strafsachen- und Bußgeldstelle des Finanzamtes stellen keine Ermittlungen der mit "der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden" i. S. d. § 171 Abs. 5 Satz 1 AO dar und führen daher nicht zur Ablaufhemmung.

Wurde die Einleitung des Steuerstrafverfahrens wegen des Verdachts von in der Einleitungsverfügung ausdrücklich genannter Steuerstraftaten dem Steuerpflichtigen bekannt gegeben, ist der Ablauf der Festsetzungsfrist gemäß § 171 Abs. 5 Satz 2 AO nur für diejenigen Steueransprüche gehemmt, wegen deren Verletzung das Strafverfahren eingeleitet wurde.

Der zeitlich auf ein Jahr begrenzte Umfang der Ablaufhemmung, die durch die Erstattung einer Selbstanzeige ausgelöst wird (§ 171 Abs. 9 AO), kann durch Steuerfahndungsermittlungen, die erst nach Ablauf der ungehemmten Festsetzungsfrist aufgenommen wurden, nicht mehr erweitert werden.

#### **Sachverhalt**

Die Beteiligten streiten darüber, ob für das Streitjahr 1992 Festsetzungsverjährung eingetreten und das beklagte Finanzamt damit am Erlass des geänderten Einkommensteuerbescheides gehindert ist. Der Kläger, nichtselbstständig Beschäftigter, war Geschäftsführer einer Gesellschaft. Für die Errichtung einer ausländischen Fabrik erhielt er 1992 von Mittelsmännern 1 Mio. DM. In seiner Einkommensteuererklärung blieben der Zahlungsempfang und der Zufluss von Kapitalerträgen auf dem Auslandskonto unerwähnt. Im November 2003 erstattete der Kläger Selbstanzeige, am selben Tag fand eine Besprechung im Strafsachen-FA statt, das gegen den Kläger ein Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung (1999-2002) einleitete. Im Januar 2004 nahm die Steuerfahndung die Ermittlungen auf. Die Selbstanzeige wurde mit Bescheid vom Juli 2005 für das Streitjahr 1992 ausgewertet. Der Einspruch dagegen blieb erfolglos, das FG gab der Klage statt.

#### **Entscheidung**

Die zehnjährige Festsetzungsfrist (§ 169 Abs. 2 Satz 2 AO) war Ende 2003 abgelaufen. Dies stand dem Erlass des angegriffenen Einkommensteuerbescheides entgegen. Der Ablauf dieser Frist wurde allein durch den Eingang der Selbstanzeige für die Dauer eines Jahres gehemmt (§ 171 Abs. 9 AO). Auch diese Jahresfrist war bei Erlass des Änderungsbescheides im Juli 2005 abgelaufen. Andere Hemmungstatbestände wurden nicht verwirklicht. Die Einleitung des Steuerstrafverfahrens hat den Ablauf der Festsetzungsfrist nicht gemäß § 171 Abs. 5 Satz 2 AO gehemmt, denn wegen des Verdachts einer Steuerstraftat 1992 wurde kein Ermittlungsverfahren eingeleitet und bekannt gegeben. Auch die im November 2003 erstattete Selbstanzeige stellt ebenfalls keinen Antrag i. S. d. § 171 Abs. 3 AO dar und führt nicht zu einer Ablaufhemmung, denn für die Selbstanzeige gilt die Sondervorschrift des § 171 Abs. 9 AO. Allein danach richtet sich der zeitliche Umfang der Hemmung.

### **5. Anschaffung eines Gebäudes: Anschaffungsnahe Aufwendungen**

#### **Kernproblem**

Aufwendungen für Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen eines Gebäudes gehören zu den Herstellungskosten, wenn sie innerhalb von drei Jahren nach der Anschaffung des Gebäudes durchgeführt werden und die Aufwendungen (ohne Umsatzsteuer) 15 % der Anschaffungskosten des Gebäudes übersteigen (anschaffungsnaher Aufwand). Nicht dazu gehören Erhaltungsaufwendungen, die jährlich üblicherweise anfallen. Welche Aufwendungen unter dieser Vorschrift im Einzelnen zu

subsumieren sind, ist umstritten. Insbesondere besteht Streit darüber, ob auch Schönheitsreparaturen, die jährlich üblicherweise anfallen, darunter zu qualifizieren sind.

### **Sachverhalt**

Im Streitfall hatte der Hauserwerber die Arbeiten aus rein optischen und ästhetischen Gründen vorgenommen. Im Einzelnen tauschte er einzelne Fenster, Fensterbänke und Rollladenkästen aus, setzte neue Zargen und Türen ein, verlegte in mehreren Zimmern Laminat, schlug Wand- und Bodenfliesen in Küchen und Bädern ab und brachte neue Fliesen an, entfernte Holzdecken und installierte Rigginsplatten, verputzte Wände und tapezierte sie neu, versah Decken mit Rauputz und strich sie neu, tauschte Badewanne, Toilettenschüssel und Waschbecken aus und erneuerte vergilzte Steckdosen.

### **Entscheidung**

Die BFH-Richter wiesen die Revision des Vermieters zurück. So seien die baulichen Maßnahmen nicht lediglich Schönheitsreparaturen. Hierunter definiere man das Beseitigen von Mängeln, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch entstanden sind, z. B. das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen. Zudem seien gemäß gesetzlicher Regelung solche Aufwendungen, die für sich genommen zwar jährlich anfallende Erhaltungsaufwendungen oder Schönheitsreparaturen bilden, insgesamt als anschaffungsnahe Herstellungskosten zu behandeln, wenn sie in engem räumlichen, zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zueinander stehen und in ihrer Gesamtheit eine einheitliche Baumaßnahme bilden.

### **Konsequenz**

Plant man neben der Modernisierung des Hauses innerhalb des schädlichen Dreijahreszeitraums auch den Beitrag des Finanzamts in Form von kurzfristigen Steuervorteilen mit ein, sollte die 15 %-Grenze im Auge behalten werden. Droht Streit, bietet sich die Verlagerung einer Baumaßnahme an. Hierfür gilt nicht das Rechnungsdatum, sondern der Abschluss der Baumaßnahme. Gestaltungsmöglichkeiten hat der Gesetzgeber in Kauf genommen.

## **6. Aufwendungen für Sprachkurs im EU-Ausland als Werbungskosten**

### **Kernproblem**

Bei einem Sprachkurs im Ausland ist durch eine Gesamtwürdigung zu bestimmen, ob neben den reinen Kursgebühren auch die Aufwendungen für die mit dem Sprachkurs verbundene Reise beruflich veranlasst und demzufolge als Werbungskosten abziehbar sind. Dass dies auch bei einem Sprachkurs in Mexico möglich ist, bestätigte jetzt das FG Rheinland-Pfalz. Der Steward einer Fluglinie strebte die Position eines Chefstewards an (was ihm auch gelang). Das setzte neben Englisch die Beherrschung einer weiteren Fremdsprache voraus. Deswegen belegte der Steward im Rahmen eines Bildungsurlaubs einen zweiwöchigen Spanisch-Kurs an einer Sprachschule in Cancun. Dafür machte er wegen Nutzung eines unentgeltlichen Standby-Flugs noch verhältnismäßig geringe Aufwendungen von etwa 700 EUR für Unterkunft/Verpflegung geltend, die neben unstreitigen Kursgebühren nicht anerkannt wurden.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Der BFH setzt voraus, dass die Reise ausschließlich oder nahezu ausschließlich der beruflichen Sphäre zuzuordnen ist. Hierfür erforderlich ist ein unmittelbarer beruflicher Anlass. Die Verfolgung privater Reiseinteressen darf nicht den Schwerpunkt bilden. Gleiches gilt, wenn zwar kein unmittelbarer beruflicher Anlass zugrunde liegt, die berufliche Veranlassung aber bei weitem überwiegt und die Befriedigung privater Interessen nach dem Anlass der Reise, dem vorgesehenen Programm und der tatsächlichen Durchführung nur von untergeordneter Bedeutung ist. Bei einem Fremdsprachenlehrgang setzt der BFH einen konkreten Zusammenhang mit der Berufstätigkeit voraus.

### **Entscheidung des FG**

Nach Auffassung der Finanzrichter könne der Abzug nicht alleine deshalb versagt werden, weil der Sprachkurs im Ausland stattgefunden habe. So wolle auch der BFH bei einem Sprachkurs in einem

anderen Mitgliedsland der EU nicht mehr typisierend unterstellen, dass dieser wegen der jeder Auslandsreise innewohnenden touristischen Elemente eher Berührungspunkte zur privaten Lebensführung aufweise als ein Inlandssprachkurs. Zudem sei eine Sprache im Allgemeinen in dem Land effizienter zu erlernen, in dem sie auch gesprochen werde. Der Kurs habe zwar nicht in einem Land der EU stattgefunden, jedoch kam hier zum Tragen, dass die Kosten in Mexico deutlich geringer und Flugkosten nicht angefallen waren. Für das FG waren auch der vorgelegte Stundenplan und die Tatsache von Bedeutung, dass der Kurs während des Bildungsurlaubs stattgefunden habe.

### **Konsequenz**

Die Revision wurde nicht zugelassen. Zwar ist das Urteil noch nicht rechtskräftig, es macht aber auch so deutlich, dass die obligatorische Verweisung der Verwaltung auf gemischten Aufwand immer öfter nicht ausreicht.

## **7. Honorar für halbstündige Beratung ohne Honorarvereinbarung**

### **Kernaussage**

Wenn sich ein Mandant durch einen Anwalt während eines halbstündigen Gesprächs in dessen Kanzlei beraten lässt, liegt eine entgeltliche Rechtsanwaltstätigkeit i. S. d. § 612 BGB vor. Wurde vor der Beratung keine Vereinbarung über die Vergütungshöhe getroffen, ist auf §§ 316, 315 BGB zurückzugreifen. Der Anwalt hat eine angemessene Vergütung nach billigem Ermessen festzulegen. Hierbei sind Schwierigkeit, Ungewöhnlichkeit oder Dauer der Tätigkeit abzuwägen.

### **Sachverhalt**

Der Kläger begehrte von dem beklagten Architekten Zahlung des Rechtsanwaltshonorars. Der Beklagte suchte den Kläger nach telefonischer Terminvereinbarung für mindestens eine halbe Stunde in dessen Kanzlei auf. Das Gespräch hatte zum Inhalt, dass der Beklagte, der Mitgesellschafter einer GmbH war, eventuell eine Klageerhebung mit dem Ziel der Bilanzerstellung erwog und unter anderem die Höhe der Prozesskosten erfahren wollte. Zu einem weiteren Termin sollte der Beklagte weitere Unterlagen übergeben. Der Kläger berechnete dem Beklagten sodann 250 EUR Beratungsgebühr gemäß § 34 RVG nebst 47,50 EUR Mehrwertsteuer, somit insgesamt 297,50 EUR. Der Beklagte verweigerte die Zahlung, den weiteren Termin sagte er ab. Das AG gab der daraufhin erhobenen Klage statt.

### **Entscheidung**

Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch zu. Zwischen den Parteien war ein Dienstvertrag zustande gekommen, aufgrund dessen der Kläger den Beklagten beraten hat. Nach § 34 RVG wird unter einer anwaltlichen Beratung die Erteilung eines Rates oder einer Auskunft verstanden. Ein Rat ist die Empfehlung, wie sich der Mandant in einer konkreten Situation verhalten soll, eine Auskunft ist die Beantwortung einer allgemeinen Rechtsfrage ohne Bezug auf eine konkrete Rechtsangelegenheit. Dabei stellt die Information über die Höhe der Prozesskosten für ein angestrebtes Verfahren bereits eine Beratung dar. § 34 verweist für den Fall einer fehlenden Gebührenvereinbarung auf § 612 BGB. Eine anwaltliche Tätigkeit ist grundsätzlich gebührenpflichtig. Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung nur gegen Vergütung zu erwarten ist. Der Beklagte konnte nicht davon ausgehen, dass das halbstündige Gespräch kostenlos erfolgen werde. Die Höhe war ebenfalls angemessen. Da der Beklagte sich in Bezug auf seine selbstständige Tätigkeit beraten ließ, galt die Höchstgrenze des § 34 RVG nicht. Bei Privatleuten hingegen ist eine schriftliche Vergütungsvereinbarung Pflicht, wenn der Anwalt nicht "umsonst" arbeiten will.

## **8. Kollateralschaden: massive Steuerstrafaten kosten Arztzulassung**

### **Kernaussage**

Eine Steuerhinterziehung in größerem Umfang führt wegen des dadurch bedingten Vertrauensverlustes in die Integrität der Ärzteschaft zur Unwürdigkeit und damit zwingend zum Widerruf der Approbation, ohne dass es darauf ankommt, ob der Arzt noch das Vertrauen seiner Patienten genießt.

### **Sachverhalt**

Der klagende Augenarzt hatte für die Jahre 1994 bis 2004 in seinen Einkommensteuererklärungen in erheblichem Umfang Einnahmen aus der Praxistätigkeit nicht angegeben. In 2008 ergab sich ein Steuerrückstand von 877.000 EUR. Ende 2007 wurde der Kläger wegen Steuerhinterziehung in 5 Fällen mit einem Schaden von rd. 300.000 EUR, bezogen auf die Jahre 2000 bis 2004, zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt. Er befindet sich seither im Insolvenzverfahren. Der Beklagte beurteilte den Kläger als zur Ausübung des ärztlichen Berufes "unwürdig" und "unzuverlässig" (§ 3 Abs. 1 BÄO) und widerrief seine Approbation. Die dagegen gerichtete Klage wies das VG ab. Der Antrag auf Zulassung der Berufung hatte vor dem OVG keinen Erfolg.

### **Entscheidung**

Die Unwürdigkeit des Klägers zur Ausübung des ärztlichen Berufes ergab sich aus einem nicht berufsbezogenen schweren Fehlverhalten, das in der erheblichen Verletzung der Steuergesetze lag. Er brachte dadurch seine fehlende Bereitschaft zum Ausdruck, sich bei der Berufsausübung ausschließlich am Wohle des Patienten und nicht an eigenen finanziellen Interessen zu orientieren. Allerdings rechtfertigt nur ein schwerwiegendes beharrliches steuerliches Fehlverhalten die Annahme, der Approbierte setze sich im eigenen finanziellen Interesse in einem solch hohen Maße auch über strafbewehrte, im Interesse der Allgemeinheit bestehende Bestimmungen hinweg, dass er deshalb als Arzt untragbar ist. Hier hatte der Kläger aber über ein Jahrzehnt hinweg erhebliche Teile seiner Praxiseinnahmen vorsätzlich nicht in seine Steuererklärung einbezogen. Obwohl er für die Jahre 1994 bis 1999 eine strafbefreiende Selbstanzeige (§ 371 AO) erstattete, war auch das Verhalten des Klägers für diese Steuerjahre in das Approbationsentziehungsverfahren mit einzubeziehen. Der Einwand, die Falschangaben resultierten aus der Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation, war bei Durchschnittseinkünften von jährlich 200.000 EUR nicht nachvollziehbar. Einer Interessensabwägung bedurfte es nicht: Mit dem gesetzlichen Heilauftrag ist es unvereinbar, Zweifel an der Integrität eines Arztes im wirtschaftlichen Interesse seiner Gläubiger zurückzustellen.

## **9. Schenkungsteuer: Vermögensübertragung auf rechtsfähige Stiftung**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Wird eine Unternehmensbeteiligung unter Wert veräußert, kann - jedenfalls dann, wenn keine tatsächlichen Gründe für den Kaufpreis unter Wert vorliegen - von einer Schenkung des Verkäufers an den Käufer auszugehen sein. Diese unterliegt dann der Schenkungsteuer. Entsprechendes gilt für alle Fälle, in denen eine Unternehmensbeteiligung zu einem zu geringen Preis eingeräumt wird (im konkreten Fall Beitritt zu einer GmbH gegen Kapitalerhöhung unter Wert). Der Bundesfinanzhof hatte in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung darüber zu befinden, ob eine Schenkung auch dann angenommen werden kann, wenn die Beteiligung nur mittelbar (z. B. über den Umweg einer Konzernstruktur) "geschenkt" wird.

### **Entscheidung**

Die Klägerin war Begünstigte aus einer rechtsfähigen liechtensteinischen Familienstiftung. Diese Stiftung hielt über eine Holding diverse Unternehmensbeteiligungen, die wiederum an anderen Unternehmen beteiligt waren. Nachdem sich eine dieser Beteiligungsgesellschaften der "zweiten Ebene" zu einem Preis unter Wert an einem Unternehmen beteiligte, war das Finanzamt der Ansicht, wegen des zu geringen Preises liege eine freigebige Zuwendung (= Schenkung) der Verkäufer zugunsten der Holding und damit der Stiftung vor. Das Finanzamt erließ gegen die Klägerin einen Schenkungssteuerbescheid, gegen den die Klägerin mit Erfolg klagte. Bei der Prüfung, wer als Zuwendender und Bedachter an einer Schenkung beteiligt ist, kommt es auf die Zivilrechtslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist. Die Klägerin hatte aufgrund der getroffenen zivilrechtlichen Vereinbarungen weder ein (anteiliges) Bezugsrecht noch einen Anteil an dem erworbenen Unternehmen. Es hatte sich allenfalls der Wert ihrer Begünstigung durch die Stiftung erhöht. Dieser lediglich wirtschaftliche Vorteil war aber nicht Gegenstand einer Vermögensverschiebung und damit auch nicht einer Schenkung an die Klägerin.

### **Konsequenz**

Übernimmt eine (mittelbar) zum Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung gehörende GmbH im Zuge einer Kapitalerhöhung bei einer anderen Gesellschaft den neuen Geschäftsanteil zu einer Einlage weit unter Wert, liegen darin keine freigebigen Zuwendungen an die Begünstigten der Stiftung.

## **10. Abzugsfähigkeit bei Dienstreisen mit Urlaub: Rechtsprechungsänderung**

### **Kernfrage**

Wird an eine Dienstreise noch ein privater Urlaub angehängt, stellt sich die Frage nach der Abzugsfähigkeit der Kosten für den beruflichen Anteil. Problematisch waren insbesondere Kosten für die Hin- und Rückreise, da diese sowohl beruflich als auch privat veranlasst gewesen sind. Die Finanzämter haben regelmäßig den Abzug mit Hinweis auf das sog. Aufteilungsverbot versagt.

### **Sachverhalt**

Der Steuerpflichtige hat für vier Tage eine Computer-Messe in den USA besucht und anschließend noch drei Tage Urlaub dort verbracht. Die den vier beruflichen Tagen zuzuordnenden Aufwendungen wurden vom Finanzamt zum Abzug zugelassen. Die Kosten des Hin- und Rückfluges wurden nicht anerkannt, da sie auch privat veranlasst gewesen seien.

### **Entscheidung**

Der Große Senat des BFH hat entschieden, dass Aufwendungen für die Hin- und Rückreise bei gemischt beruflich und privat veranlassten Reisekosten grundsätzlich zeitanteilig aufgeteilt werden können. Voraussetzung ist, dass die beruflich veranlassten Zeitanteile feststehen und nicht von untergeordneter Bedeutung sind. Notfalls sind die Anteile zu schätzen. Eine Aufteilung ist jedoch dann nicht zulässig, wenn eine Trennung nach objektivierbaren Kriterien nicht möglich ist.

### **Konsequenz**

Der BFH hat seine bisherige Rechtsprechung geändert. Danach hatte er dem § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG ein allgemeines Aufteilungs- und Abzugsverbot für gemischt veranlasste Aufwendungen entnommen. Steuerpflichtige werden nunmehr Reisekosten in größerem Umfang als bisher zum Abzug als Betriebsausgaben oder Werbungskosten bringen. Zudem wird das Urteil auch Auswirkungen auf andere gemischt veranlasste Kosten haben.

## **Unternehmer und Freiberufler**

## **1. Grundstückskauf: Verbot von Neuvermietungen**

### **Kernaussage**

Die Vereinbarung in einem Grundstückskaufvertrag, nach der ein Verkäufer nach Vertragsabschluss ohne Zustimmung des Käufers keine Neuvermietung vornehmen oder sonstige Nutzungsverhältnisse begründen darf, gilt auch für Nutzungsverträge, die spätestens zu dem Zeitpunkt enden, an dem der Verkäufer zur Grundstücksübergabe verpflichtet ist.

### **Sachverhalt**

Die Antragstellerin, die Hamburger Gängeviertel GmbH & Co. KG, kaufte 2006 Grundstücke des Hamburger Gängeviertels von der Antragsgegnerin, der Freien und Hansestadt Hamburg. Der Kaufpreis ist bislang noch nicht zur Zahlung fällig, die Grundstücke sind noch nicht übergeben. Einige leer stehende Gebäude auf den verkauften Flächen werden jedoch bereits von Dritten genutzt. Diese Überlassung der Flächen an Dritte bis zur Übergabe der Grundstücke wollte die Antragstellerin verhindern. Die Antragsgegnerin war der Ansicht, sie sei als Noch-Eigentümerin dazu berechtigt. Das LG wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück. Das OLG hob den Beschluss des LG auf und gab dem Antrag weitgehend statt.

### **Entscheidung**

Der Antragsgegnerin ist es verboten, ohne Zustimmung der Antragstellerin mit Dritten Nutzungsverträge über die an die Antragstellerin verkauften Grundstücke abzuschließen. Ferner ist es

ihr verboten, die Grundstücke Dritten zu überlassen und die Nutzung zu gestatten, und zwar auch dann, wenn die Überlassung vor der Pflicht zur Übergabe an die Käuferin beendet ist. Erfolglos blieb der Antrag, es der Antragsgegnerin zu verbieten, die Nutzung der Grundstücke durch Dritte zu dulden. Im zugrunde liegenden Kaufvertrag hatte die Antragsgegnerin zugesichert, nach Vertragsschluss ohne die Zustimmung der Antragstellerin keine Neuvermietungen vorzunehmen oder Nutzungsverhältnisse zu begründen; dies bezog sich auf sämtliche Nutzungsverträge, auch solche, die im Zeitpunkt der Übergabe endeten. Die Ansicht der Antragsgegnerin war auch nicht damit zu rechtfertigen, dass mit befristeten Nutzungsverhältnissen ohne die sonst drohende Eskalation die Räumung der Grundstücke erreichbar sei. Tatsächlich wird nämlich durch solche Verträge die Einhaltung der Verpflichtung zur geräumten Übergabe der Grundstücke erheblich erschwert. Ein Verbot bezüglich der Duldung der Nutzung der Grundstücke war nicht erforderlich; die Antragsgegnerin war nicht verpflichtet, alles Erdenkliche zu tun, damit sich unberechtigte Personen von dort entfernen. Dies scheiterte bereits daran, dass die Übergabeverpflichtung nicht unmittelbar bevorstand.

## 2. Verdachtskündigung wegen dringendem Straftatverdacht

### **Kernfrage/Rechtslage**

Bei langfristigen Vertragsbeziehungen sind Kündigungen i. d. R. nur aus wichtigem Grund möglich. Erforderlich ist regelmäßig, dass der wichtige Grund auch tatsächlich nachweisbar vorliegt. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatte nunmehr darüber zu befinden, ob bereits der Straftatverdacht einen wichtigen Grund darstellen und unter welchen Voraussetzungen bei langfristigen bzw. befristeten Vertragsverhältnissen eine Verdachtskündigung zulässig sein kann.

### **Entscheidung**

Die Beklagten waren Franchisenehmer und Pächter eines Franchise-Schnellrestaurants. Der Franchisegeber hatte noch länger als 15 Jahre laufende Verträge außerordentlich gekündigt. Hintergrund war insbesondere, dass der Verdacht bestand, dass in den vier Restaurants für eine Stiftung gesammelte Spendengelder über mehrere Jahre hinweg zweckwidrig verwendet worden waren. Konkret waren erzielte Spendengelder für den Zeitraum Januar 2004 bis Juli 2008 nicht an die Stiftung weitergeleitet, sondern auf einem Privatkonto eines der Beklagten verbucht worden. Das Gericht gab dem Franchisegeber Recht. Nach den zwischen den Parteien vereinbarten Franchiseverträgen war die Klägerin berechtigt, das Vertragsverhältnis außerordentlich zu kündigen, wenn und soweit ein begründeter Verdacht vorlag, dass der Franchisenehmer in Zusammenhang mit dem Betrieb eine Straftat, insbesondere ein Vermögens- oder Steuerdelikt, begangen oder an einer solchen Straftat teilgenommen hatte. Jedenfalls war sie zum Ausspruch einer "Verdachtskündigung" berechtigt, nachdem es über Jahre hinweg zu Unregelmäßigkeiten gekommen war. Aufgrund der ermittelten Umstände und nachdem sie den Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte, durfte die Franchisegeberin davon ausgehen, dass die Beklagten einer Straftat dringend verdächtig und das Vertrauensverhältnis somit irreparabel zerstört war.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt, dass Verdachtskündigungen zwar nur unter strengen Voraussetzungen, grundsätzlich aber wohl in jeder Art von Vertragsverhältnis möglich sind. Zwingend erforderlich ist in jedem Fall aber die Durchführung einer ausreichenden Anhörung.

## 3. Fristlose Kündigung wegen Annahme privater unentgeltlicher Vorteile

### **Kernfrage/Rechtslage**

Die Vorteilsannahme von Angestellten und Organmitgliedern ist regelmäßig dazu geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen. Streitig ist dabei i. d. R., ob es erforderlich ist, dass für den angenommenen Vorteil eine Gegenleistung erfolgt ist oder erfolgen soll und ob die Kündigung als fristlose Kündigung ausgesprochen werden kann. Das Oberlandesgericht Celle hat zu diesen Fragenbereichen entschieden.

### **Entscheidung**

Die Klägerin war Vorstandsvorsitzende der Beklagten. Der Anstellungsvertrag sah Tantiemezahlungen

an die Vorstandmitglieder für das Erreichen individueller Ziele vor. Im Übrigen war die Vorteilsannahme vertraglich untersagt. Dennoch ließ sich die Klägerin von einem Geschäftspartner Sanitäreinrichtungsgegenstände mit beträchtlichen Preisnachlässen gegenüber den Listenpreisen für Endverbraucher für ein privates Bauvorhaben beschaffen. Daraufhin kündigte ihr die Beklagte fristlos und zahlte außerdem Tantiemen nicht aus. Vor dem Oberlandesgericht bekam die Klägerin zwar die Tantiemen zugesprochen. Die gegen die Kündigung gerichtete Klage aber verlor sie. Die Kündigung war berechtigt, da die Klägerin durch den "Großkundenrabatt" einen nicht unerheblichen persönlichen Vorteil von einem Vertragspartner der Beklagten angenommen hatte. Dies stellte einen die fristlose Kündigung rechtfertigenden wichtigen Grund dar. Unerheblich sei die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils, weil schon das Geschehen an sich angesichts der Interessenkonstellation und der herausgehobenen Position der Klägerin geeignet war, die sofortige Beendigung der Anstellung zu rechtfertigen. Ebenfalls unerheblich sei, ob dabei konkrete vergangene oder künftige Gegenleistungen tatsächlich honoriert wurden. Der Anspruch auf Tantieme bestünde allerdings, weil sich dieser alleine aus den vertraglichen Abreden ergebe, und nicht unter einem besonderen ungeschriebenen Treuevorbehalt stünde.

### **Konsequenz**

Nimmt ein Organmitglied privat unentgeltliche Dienstleistungen eines Vertragspartners des Unternehmens, bei dem er Organ und angestellt ist, an, kann dies eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrags rechtfertigen. Hierbei ist unerheblich, ob konkrete Vorteile erwartet oder honoriert wurden.

## **4. Werkstattinventar keine wesentliche Betriebsgrundlage**

### **Kernproblem**

Wird im Rahmen einer Unternehmensnachfolge ein Betrieb insgesamt aufgegeben oder verkauft, kommt es häufig zur Aufdeckung und Versteuerung der stillen Reserven, die sich manchmal über viele Jahrzehnte gebildet haben. In einigen Fällen behält der bisherige Unternehmer jedoch einzelne Wirtschaftsgüter (z. B. Immobilien) zurück und verpachtet diese an den Nachfolger-Betrieb. In diesen Fallkonstellationen kann u. U. eine Betriebsverpachtung vorliegen, mit der Folge, dass auch weiterhin ein (ruhender) Gewerbebetrieb vorliegt und die Versteuerung der stillen Reserven hinausgeschoben wird.

### **Sachverhalt**

Ein Unternehmer betrieb über viele Jahre auf einem ihm gehörenden Geschäftsgrundstück eine freie Autoreparaturwerkstatt. Mit Wirkung zum 1. Juli 1997 verpachtete er die Werkstattgebäude (Garagen, Lackierhalle, Werkstatt, Halle zur Vornahme von Abgassonderuntersuchungen) an einen Nachfolger, der den Betrieb in derselben Form weiterführte. Gleichzeitig veräußerte er seine gesamte Betriebsausstattung für 60.000 DM an den Pächter. Die Einkünfte aus der Verpachtung für das Jahr 1997 erklärte der Verpächter als gewerbliche Einkünfte im Rahmen einer Betriebsverpachtung. Zum 31. Dezember 1998 erklärte er die Betriebsaufgabe und ermittelte auf diesen Zeitpunkt den Aufgabegewinn. Das Finanzamt ging demgegenüber von einer Betriebsaufgabe bereits im Jahr 1997 aus.

### **Entscheidung**

Der BFH gab dem Kläger Recht und nahm eine gewerbliche Verpachtung bis zur Erklärung der Aufgabe (31. Dezember 1998) an. Nach Auffassung des BFH wurden sämtliche wesentlichen Betriebsgrundlagen an den Nachfolger verpachtet, so dass die (theoretische) Möglichkeit bestand, den Betrieb später wieder aufzunehmen. Im vorliegenden Fall waren die Richter der Ansicht, dass das Betriebsgrundstück und die Werkstattgebäude die einzigen wesentlichen Betriebsgrundlagen waren, die dem Betrieb das Gepräge gaben. Das Inventar, das an den Pächter verkauft worden war, stelle hingegen keine wesentliche Betriebsgrundlage für einen Handwerksbetrieb dar, da es einem hohen technischen und wirtschaftlichen Verschleiß unterliege und nicht entscheidend den Erfolg einer Kfz-Werkstatt bestimme.

### **Konsequenz**

Das Urteil verdeutlicht einmal mehr, dass eine Betriebsverpachtung in vielen Fällen eine interessante Alternative zur Betriebsaufgabe sein kann, um die Besteuerung der stillen Reserven in zurück behaltenem Vermögen zu vermeiden. Anders als im Urteilsfall kann eine Betriebsverpachtung dann auch über einen sehr langen Zeitraum - im Extremfall sogar über Generationen - fortgeführt werden.

## **5. Vorsteuerabzug: 10 %-Grenze gilt weiterhin**

### **Einführung**

Das nationale UStG lässt den Vorsteuerabzug für den Erwerb von Gegenständen für das Unternehmen nur zu, wenn diese zu mindestens 10 % unternehmerisch genutzt werden. Die MwStSystRL kennt eine solche Beschränkung nicht. Die deutsche Regelung bedurfte daher einer Genehmigung der EU, um Anwendung finden zu können. Diese wurde erteilt, läuft jedoch zum 31.12.2009 aus.

### **Neues aus der EU**

Die EU-Kommission hat nun Deutschland ermächtigt, die Ausnahmeregelung bis zum 31.12.2012 beizubehalten.

### **Konsequenz**

Werden Gegenstände erworben, die zu weniger als 10 % genutzt werden, ist ein Vorsteuerabzug aus den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten nicht möglich. Entscheidend sind die unternehmerische Nutzung und die ertragsteuerliche Behandlung. Der Ausweis als Betriebsvermögen oder nicht, ist hingegen insoweit ohne Bedeutung. Die 10 %-Grenze betrifft jedoch nicht die laufenden Kosten. Wird daher z. B. ein Fahrzeug angeschafft, das zu weniger als 10 % unternehmerisch genutzt wird, kann die Vorsteuer in Höhe des unternehmerischen Nutzungsanteils geltend gemacht werden. Bei Kosten, die ausschließlich die unternehmerische Nutzung betreffen, z. B. Reparaturkosten bedingt durch einen Unfall anlässlich einer rein unternehmerischen Fahrt, ist sogar der volle Vorsteuerabzug möglich.

## **6. Genossenschaftsanteile als gewillkürtes Betriebsvermögen**

### **Sachverhalt**

Der Kläger, Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs, aktivierte als gewillkürtes Betriebsvermögen Genossenschaftsanteile an einem Elektrizitätswerk (Wert 500 DM), einer Viehzentrale und an der örtlichen Volksbank. Der Einlagewert entsprach dem Nennwert der Anteile. Einige Jahre nach der Aktivierung veräußerte der Kläger seine Genossenschaftsanteile an dem Elektrizitätswerk. Im Wege der Bilanzberichtigung entnahm er die Anteile aus dem Betriebsvermögen zum Buchwert, mit der Begründung, dass die Anteile keinen unmittelbaren Bezug zur Urproduktion hatten. Damit wäre die Aktivierung seinerzeit unzulässig gewesen, mit der Folge, dass der Veräußerungsgewinn nicht als Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft zu qualifizieren ist.

### **Entscheidung**

Wie auch die Vorinstanz urteilte der BFH, dass die genannten Anteile gewillkürtes Betriebsvermögen darstellten. Die durch die Veräußerung aufgedeckten stillen Reserven waren somit als Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft zu erfassen. Denn gewillkürtes Betriebsvermögen entsteht, wenn Wirtschaftsgüter objektiv geeignet und vom Betriebsinhaber erkennbar dazu bestimmt sind, den Betrieb zu fördern. Dies gilt auch für Wertpapiere, wenn sie als Liquiditätsreserve dienen. Gleichwohl ist jedoch darauf zu achten, dass es sich um absolut, als auch relativ geringfügige Beteiligungen handeln muss, die üblicherweise kein Verlustrisiko beinhalten. So auch im vorliegenden Fall. Der Anteilswert von 500 DM diente einer gewissen Stärkung des Betriebskapitals, ohne nennenswerte Liquidität dem Betrieb zu entziehen. Ebenso sollten die Dividenden für die Förderung des Betriebes bestimmt sein. Nicht zuletzt waren die Wertsteigerungen dem Betrieb dienlich. Abschließend wurdigte der BFH auch die Tatsache zu Lasten des Klägers, dass dieser subjektiv die Genossenschaftsanteile als gewillkürtes Betriebsvermögen aktivierte. Denn hierdurch wurde nach außen der gewollte Betriebszusammenhang dokumentiert.

### **Konsequenz**

Wirtschaftsgüter, die einem landwirtschaftlichen Betrieb zu dienen bestimmt sind, können gewillkürtes Betriebsvermögen darstellen. Für land- und forstwirtschaftliche Betriebe sind jedoch erhöhte Prüfungskriterien erforderlich. So sind Wirtschaftsgüter, die dem Betrieb wesensfremd sind und bei denen eine eindeutige sachliche Beziehung zum Betrieb fehlt, kein (gewillkürtes) Betriebsvermögen. Daher sind objektive Kriterien, aber auch subjektive Entscheidungen maßgeblich für die Zuordnung zum gewillkürten Betriebsvermögen.

## **7. Buchführungspflicht hängt auch von den Auslandsumsätze ab**

### **Einführung**

Unabhängig von der handelsrechtlichen Verpflichtung zur Buchführung werden Steuerpflichtige nach der AO zur Buchführung verpflichtet, wenn ihr Umsatz 500.000 EUR im Kalenderjahr überschreitet. Umstritten war bisher, ob nicht steuerbare Auslandumsätze bei der Prüfung der Umsatzgrenze zu berücksichtigen sind.

### **Fall**

Ein eingetragener Verein erzielte mit der Ausrichtung von Veranstaltungen im In- und Ausland Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Den Gewinn hieraus ermittelte der Verein durch Einnahmen-Überschussrechnung. Im Jahr 2004 tätigte der Verein steuerbare und steuerpflichtige Inlandumsätze i. H. v. 2.797 EUR sowie nicht steuerbare Auslandumsätze i. H. v. 563.611 EUR. Das Finanzamt forderte ihn daraufhin auf, Bücher zu führen und den Gewinn mittels Bilanzierung zu ermitteln, da es die Umsatzgrenze als überschritten ansah. Der Verein folgte dieser Auffassung nicht, da seines Erachtens die Auslandumsätze insoweit nicht zu berücksichtigen seien.

### **Neues Urteil**

Der BFH bestätigt die Finanzverwaltung. Die in der AO definierte Umsatzgrenze ist auf Basis sämtlicher Umsätze zu ermitteln, unabhängig davon, ob diese steuerbar sind oder nicht.

### **Konsequenz**

Dem Urteil ist zuzustimmen, da die Notwendigkeit einer Buchführungspflicht nicht davon abhängig sein kann, wo ein Umsatz erzielt wird. Unternehmen mit entsprechend hohen Auslandumsätzen müssen nun aber nicht in Panik verfallen. Das Finanzamt muss die Unternehmen zur Buchführung auffordern. Die Verpflichtung greift dann erst mit Beginn des auf die Aufforderung folgenden Wirtschaftsjahres.

## **8. Vereinfachungsregelung für Konsignationslager**

### **Einführung**

Ein Konsignationslager wird vom Lieferanten im Unternehmen des Kunden eingerichtet und betrieben. Der Kunde kann je nach Bedarf Ware entnehmen. Bis zur Entnahme bleibt die Ware Eigentum des Lieferanten. Erst mit Entnahme erfolgt die Lieferung an den Kunden.

### **Rechtslage**

Errichtet der Lieferant in einem anderen EU-Staat ein Konsignationslager, so gilt die Einlagerung der Ware als innergemeinschaftliches Verbringen. Der Lieferant muss daher im Staat des Konsignationslagers einen innergemeinschaftlichen Erwerb deklarieren. Die mit der Entnahme durch den Kunden einhergehende Lieferung ist dann im anderen EU-Staat steuerbar und steuerpflichtig. Der Lieferant ist daher gezwungen, sich in dem anderen EU-Staat zu melden und Umsatzsteuererklärungen abzugeben. Um dies zu vermeiden, wenden viele EU-Staaten Vereinfachungsregelungen an. Diese fingieren mit der Entnahme der Ware eine innergemeinschaftliche Lieferung an den Kunden, der auch den innergemeinschaftlichen Erwerb versteuern muss. Die Deklarationspflicht des Lieferanten entfällt. Da diese Vereinfachungsregelungen nicht durch die MwStSystRL gedeckt sind, gab es bisher eine vergleichbare Vereinfachung in Deutschland nicht. Hierdurch ergeben sich Probleme, wenn deutsche Unternehmer ein Konsignationslager in EU-Staaten mit einer solchen Vereinfachungsregelung betreiben.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die OFD Frankfurt a. M. stellt die nationale Rechtslage, die abweichende Behandlung in anderen EU-Staaten sowie die sich hieraus ergebenden Probleme dar. Um Unternehmen angesichts der unterschiedlichen Regelungen eine ordentliche Deklaration zu ermöglichen, soll es vereinfachend im Einzelfall zulässig sein, dass die Entnahme der Ware aus dem Konsignationslager in Deutschland als innergemeinschaftliche Lieferung erfasst werden kann, wenn parallel hierzu der Empfänger im anderen EU-Staat die Erwerbsbesteuerung durchführt. Die innergemeinschaftliche Lieferung ist dann in der Zusammenfassenden Meldung zu deklarieren.

### **Konsequenz**

Die vereinfachende Regelung der OFD betrifft nur Fälle, in denen inländische Unternehmen Konsignationslager in einem anderen EU-Staat unterhalten, in dem die erwähnte Vereinfachungsregelung gilt. Betroffene Unternehmen sollten prüfen, ob für sie die neue Regelung in Frage kommt. Unklar ist allerdings, was unter "kann im Einzelfall zugelassen werden" zu verstehen ist, ein konkreter Antrag oder eine stillschweigende Zustimmung? Hier bietet sich eine Abstimmung mit dem eigenen Finanzamt im Vorfeld an.

## **9. Pkw-Überlassung an Handelsvertreter**

### **Einführung**

Sachverhalte, die als Tausch bzw. tauschähnlicher Umsatz qualifiziert werden, unterliegen der Umsatzsteuer. Im Gegensatz hierzu ist die Beistellung von Waren und Dienstleistungen nicht steuerbar. Eine Beistellung liegt z. B. dann vor, wenn der die Leistung empfangende Unternehmer dem leistenden Unternehmer einen Gegenstand zur Nutzung überlässt, zwecks Ausführung der für ihn bestimmten Leistung.

### **Sachverhalt**

Der Kläger vertrieb Haushaltswaren über selbstständige Handelsvertreterinnen. Diesen stellte er Kfz zur Verfügung. Das Finanzamt sah in der Kfz-Überlassung eine Zusatzprovision für die Vertreterinnen und unterwarf diese als tauschähnlichen Umsatz der Umsatzsteuer. Nach Ansicht des Klägers lag kein Leistungsaustausch vor, da die Überlassung der Pkw alleine seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen diene.

### **Neues Urteil**

Für den BFH ist entscheidend, ob eine private Nutzung der überlassenen Pkw durch die Vertreterinnen auszuschließen ist. Der Kläger hatte ein solches Verbot ausgesprochen, allerdings nicht überwacht. Dies reicht dem BFH nicht aus, um eine nicht steuerbare Beistellung anzunehmen. Die Überlassung der Kfz unterliegt daher der Umsatzsteuer.

### **Konsequenz**

Auch wenn das Urteil ungünstig für den Kläger ist, so schließt es nicht aus, dass eine Kfz-Überlassung auch ohne umsatzsteuerliche Folgen bleibt. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass eine Nutzung der Kfz für andere Zwecke als die Vertriebstätigkeit, insbesondere für private Zwecke, ausgeschlossen ist. Hierzu reicht ein Verbot alleine nicht aus. Vielmehr muss dies auch tatsächlich beachtet, überwacht und letztendlich durchgesetzt werden.

## **10. Trennung der Bemessungsgrundlagen: Erleichterung für Spediteure etc.**

### **Einführung**

Die UStR 2008 sehen für gewisse Sachverhalte vereinfachte Aufzeichnungspflichten vor. Aufgrund der ab 2010 neuen Verpflichtung zur Angabe von Dienstleistungen, die im übrigen Gemeinschaftsgebiet ausgeführt werden und für die der Leistungsempfänger die USt schuldet, in der Zusammenfassenden Meldung und in den Umsatzsteuervoranmeldungen muss ein Teil dieser Regelungen an die neue Rechtslage angepasst werden.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Für Spediteure und andere Unternehmer, die steuerfreie Umsätze nach § 4 Nr. 3 UStG ausführen (z.

B. Frachtführer, Lagerhalter, Umschlagsunternehmen etc.), bietet die Finanzverwaltung eine Erleichterung der Aufzeichnungspflichten an. Demnach brauchen diese Unternehmen lediglich die steuerpflichtigen Umsätze von den übrigen in Rechnung gestellten Beträgen zu trennen. Welcher Natur die übrigen Beträge sind, also z. B. durchlaufende Posten, nicht steuerbare Umsätze mit Vorsteuerabzug oder nach § 4 Nr. 3 UStG steuerfreie Umsätze, muss nicht differenziert werden. Im Übrigen bleiben die Aufzeichnungspflichten unberührt, dies betrifft insbesondere: - Umsätze, die dem ermäßigten Steuersatz unterliegen, - Ausfuhren, Lohnveredelungen an Gegenständen der Ausfuhr sowie innergemeinschaftliche Lieferungen, - steuerfreie und nicht steuerbare Umsätze, die den Vorsteuerabzug ausschließen und - innergemeinschaftliche Dienstleistungen, für die der Leistungsempfänger in einem anderen Mitgliedstaat die USt schuldet. Die Genehmigung dieses Verfahrens erfolgt nur unter der Bedingung, dass der Unternehmer eine genaue Zurechnung der Vorsteuerbeträge zu den Umsätzen vornimmt, die den Vorsteuerabzug zulassen bzw. ausschließen.

#### **Konsequenz**

Das neue Verfahren ist ab dem 1.1.2010 anzuwenden. Spediteure, Frachtführer, Lagerhalter u. ä. Unternehmen müssen prüfen, ob sich das vereinfachte Verfahren für sie lohnt. Das bisher in den UStR niedergelegte vereinfachte Verfahren ist dann nicht mehr anzuwenden, soweit es der Regelung ab 2010 entgegensteht. Dies müssen diejenigen Unternehmer beachten, denen schon in der Vergangenheit die vereinfachte Trennung der Bemessungsgrundlagen genehmigt wurde.

### **11. Abgabe von Speisen und Getränken: 7 oder 19 %**

#### **Einführung**

Ein für die Gastronomie unsägliches Thema ist die Bestimmung des zutreffenden Steuersatzes bei der Abgabe von Speisen und Getränken. Was in der Theorie einfach klingt, die Lieferung von Nahrungsmitteln ist begünstigt, Dienstleistungen in Verbindung hiermit nicht, beschäftigt die Finanzgerichtsbarkeit endlos.

#### **Rechtslage**

Das BMF hat sich in 2008 noch ausführlich zu der Thematik ausgelassen. Demnach kommt der Regelsteuersatz zum Zuge, wenn das Dienstleistungselement qualitativ überwiegt. In dieser Betrachtung sollte die Zubereitung der Speisen außen vor bleiben, da das BMF die Zubereitung als notwendiges Element der Vermarktung der Speisen ansah. Diese Grundaussage des Schreibens wurde kurz darauf durch ein Urteil des BFH ad absurdum geführt. Für die Praxis stellt sich daher unverändert die Frage, was ist zu tun?

#### **Neue Beschlüsse des BFH**

Der BFH hat nun offensichtlich die Nase voll. Er hat dem EuGH u. a. folgende grundlegenden Fragen zur Abgrenzung der Lieferung von Nahrungsmitteln gegenüber von Restaurationsdienstleistungen vorgelegt: Der BFH hält es aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht für zweifelhaft, ob es sich bei der Abgabe von Speisen zum sofortigen Verzehr überhaupt um eine Lieferung handelt. Hält der EuGH dies für möglich, so möchte der BFH wissen, ob Speisen und Mahlzeiten, die z. B. durch Kochen, Braten o. ä. zum sofortigen Verzehr zubereitet worden sind, als begünstigte Nahrungsmittel im Sinne der MwStSystRL gelten oder dieser Begriff nur Nahrungsmittel umfasst, die typischerweise im Lebensmitteleinzelhandel verkauft werden. Ferner erwartet der BFH vom EuGH eine Aussage darüber, ob die Zubereitung von Speisen als ein wesentliches Dienstleistungselement zu berücksichtigen ist, das in Kombination mit weiteren Dienstleistungen dazu führt, dass insgesamt eine nicht begünstigte Dienstleistung vorliegt.

#### **Konsequenz**

Die Anfragen des BFH lassen vermuten, dass dieser dazu tendiert, die Begünstigung sehr restriktiv anzuwenden. Nur wenn der EuGH zu dem Ergebnis käme, dass die Zubereitung von Speisen keine begünstigte Lieferung darstelle, würde steuerlich Klarheit herrschen, wenn dies auch nicht im Sinne der betroffenen Unternehmen wäre. Ansonsten wird es wohl trotz Klärung einiger grundlegender Fragen unverändert Streit um Details geben. Gastronomiebetriebe sollten prüfen, ob sie angesichts

der beim EuGH anhängigen Verfahren Veranlagungen offen halten oder Rechtsmittel einlegen müssen.

## 12. Neues zur Kfz-Nutzung aus dem BMF

### **Einführung**

Werden betriebliche Fahrzeuge auch für private Zwecke genutzt, so ist diese Privatnutzung zu versteuern. Zur Ermittlung des Privatanteils stehen, z. T. in Abhängigkeit vom Umfang der betrieblichen Nutzung, verschiedene Verfahren zur Verfügung, z. B. die 1 %-Methode sowie die Fahrtenbuchmethode.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das BMF stellt in einem aktuellen Schreiben dar, wie die private Kfz-Nutzung ertragsteuerlich zu ermitteln ist. Das Schreiben befasst sich u. a. mit den folgenden Themen:

- Nachweis der betrieblichen Nutzung (grundsätzlich),
- Nachweis einer betrieblichen Nutzung von mehr als 50 % als Voraussetzung für die Anwendung der 1 %-Methode,
- Nutzung mehrerer betrieblicher Fahrzeuge,
- Nutzung von Fahrzeugen für verschiedene Einkunftsarten,
- Kostendeckelung,
- Anforderungen an ein (elektronisches) Fahrtenbuch etc.

### **Konsequenz**

Das Schreiben ist, von Ausnahmen abgesehen, ab dem 1.1.2010 anzuwenden. Es stellt weitestgehend, unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, eine aktualisierte Zusammenfassung der bisherigen Verlautbarungen dar. Allerdings bietet das Schreiben auch eine besonders unerfreuliche Neuerung für den Fall, dass mehrere Kfz im Betriebsvermögen gehalten werden. Konnte bei Einzelunternehmern mit mehreren betrieblichen Kfz ausgeschlossen werden, dass diese durch Familienangehörige genutzt werden, so wurde bisher nur die private Nutzung des Kfz mit dem höchsten Listenpreis der Besteuerung zugrunde gelegt. Nunmehr soll für alle Kfz der private Nutzungsanteil ermittelt werden, es sei denn, dass sie für eine private Nutzung nicht geeignet sind oder ausschließlich eigenen Arbeitnehmern überlassen werden. Wer eine solche Besteuerung verhindern will, muss für alle in Frage kommenden Kfz ein Fahrtenbuch führen. Allerdings ist zu erwarten, dass diese Auffassung des BMF demnächst die Finanzgerichte beschäftigen wird. Denn der Umfang der privaten Nutzung eines Kfz durch einen Unternehmer hängt von der Zahl der Nutzer ab, nicht jedoch von der Anzahl der durch den Unternehmer genutzten Kfz, m. a. W. man fährt nur einmal.

## 13. Umsetzung von EU-Vorgaben im UStG

### **Einführung**

Weniger öffentlichkeitswirksam als die Einführung des ermäßigten Steuersatzes für Beherbergungsleistungen sind die Änderungen des UStG durch das Gesetz zur Umsetzung steuerrechtlicher EU-Vorgaben sowie weiterer steuerrechtlicher Regelungen. Dies wundert auch nicht, da es sich um Änderungen handelt, welche das Gemeinschaftsrecht fordert, die bisher aber nicht oder nicht zutreffend ins nationale UStG umgesetzt wurden. Das Gesetz arbeitet somit vorwiegend Versäumnisse der Vergangenheit auf, wird aber dafür im Gegensatz zu anderen Gesetzesvorhaben wenigstens seinem Namen gerecht.

### **Referentenentwurf**

Der Referentenentwurf sieht folgende wesentlichen Änderungen vor: 1. Steuerbefreiung für Universalpostdienstleistungen: Ab dem 1.7.2010 werden Postdienstleistungen von der Umsatzsteuer befreit, die die Grundversorgung der Bevölkerung sicherstellen; die Beschränkung auf die Deutsche Post AG entfällt. Steuerbefreit sind die Beförderung von Briefsendungen, Büchern u. ä. bis zu 2 Kilogramm, adressierten Paketen bis 10 Kilogramm sowie Einschreib- und Wertsendungen. Alle

anderen Leistungen, z. B. Expresszustellungen, unterliegen dann der Umsatzsteuer. 2.

Steuerentstehung: Für innergemeinschaftliche Dienstleistungen, bei denen der Leistungsempfänger Steuerschuldner ist, entsteht die Umsatzsteuer zukünftig mit Ausführung der Leistung. Soweit es sich hierbei um Dauerleistungen (z. B. Miete) handelt, muss spätestens zum Ende eines jeden Kalenderjahres eine Besteuerung erfolgen. 3. Zusammenfassende Meldung (ZM): Die Frist für die Abgabe der ZM wird ab dem 1.7.2010 vom Quartal auf monatlich verkürzt. Soweit die Bemessungsgrundlage der zu meldenden Leistungen im laufenden sowie den vier vorherigen Quartalen jeweils nicht mehr als 50.000 EUR (bis 2011: 100.000 EUR) betragen hat, kann weiterhin quartalsweise abgegeben werden. Die ZM ist auf den 25. Tag des Folgemonats abzugeben, die Dauerfristverlängerung entfällt. 4. Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: Ab dem 1.1.2010 wird jedem Unternehmer ohne einschränkende Bedingungen auf Antrag eine USt-IDNr. zugeteilt.

### **Konsequenz**

Da der Entwurf notwendige EU-Vorgaben betrifft, ist zu erwarten, dass er umgesetzt wird.

Unternehmen, die grenzüberschreitend Leistungen erbringen, müssen ihre Finanzbuchhaltung ab dem 1.7.2010 so organisieren, dass die ZM pünktlich abgegeben werden kann, z. B. am 25.8.2010 für den Monat Juli 2010. Dies ist unabhängig vom Vorliegen einer Dauerfristverlängerung für die Umsatzsteuervoranmeldung.

## **14. Beginn der Verjährungsfrist für Anspruch gegen Steuerberater**

### **Kernaussage**

Hat ein Kommanditist Steuernachzahlungen infolge verringelter Verlustzuweisungen zu verzinsen, beginnt die Verjährung eines Ersatzanspruchs gegen den Steuerberater wegen verspäteten Hinweises auf dieses Risiko mit dem ersten Bescheid, der die Verluste der KG in verminderter Umfang feststellt. Dies gilt auch dann, wenn es gelingt, durch Vorziehung von Sonderabschreibungen die Gewinnerhöhung in spätere Veranlagungszeiträume zu verschieben und dadurch den Zinsschaden zu mindern.

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Kommanditist einer von dem beklagten Steuerberater vertretenen KG. Diese hatte 1996 ein Grundstück mit Geschäftsgebäude erworben und optierte Anfang 1997 für den Großteil des Kaufpreises zur Umsatzsteuer. Das Finanzamt meinte, dass bereits der 1996 als umsatzsteuerliches Netto gezahlte Kaufpreis einen verhältnismäßigen Vorsteueranteil enthalte. In der 1998 eingereichten, vom Beklagten vorbereiteten Gewinnfeststellungserklärung machte die KG die für 1996 anerkannten Vorsteueranteile als Werbungskosten geltend. Nach einer Betriebsprüfung bei der KG wurden diese für 1997 nicht mehr berücksichtigt. Zwecks Ausgleichs der weggefallenen Verluste zog die KG Sonderabschreibungen vor, die ursprünglich für 1999 bis 2002 geltend gemacht wurden. Das Finanzamt hob den Feststellungsbescheid vom August 2002 auf und änderte im April 2006 die für 1999 bis 2002 ergangenen Feststellungsbescheide. Davon erfuhr der Kläger Ende 2002. Die gegenüber ihm ergangenen Einkommensteuerbescheide belasteten ihn mit Nachzahlungszinsen für 1999 bis 2002 von rd. 14.000 EUR. Die Summe machte er als Schadensersatz geltend. LG und OLG gaben der Klage statt, der BGH wies sie ab.

### **Entscheidung**

Die Verjährung des klägerischen Schadensersatzanspruches begann bereits mit der Bekanntgabe des ersten Gewinnfeststellungsbescheids für 1997 vom August 2002 und nicht erst mit Bekanntgabe des Bescheides vom April 2006. Ein Schaden aus einer Steuerberatung ist dann entstanden, wenn sich die Vermögenslage objektiv verschlechtert hat. Hierfür genügt es, wenn der Schaden nur dem Grunde - noch nicht aber der Höhe - nach entstanden ist. Dass eine endgültige Vermögenseinbuße besteht, muss nicht feststehen. Die Verjährung des Ersatzanspruchs gegen einen Steuerberater beginnt auch dann mit der Bekanntgabe des belastenden Bescheides (§§ 122, 155, 183 AO), wenn dieser noch keine Steuerfestsetzung enthält, sondern Besteuerungsgrundlagen feststellt. Maßgebend ist, wann sich das Beurteilungsrisiko des Steuerpflichtigen durch einen Verwaltungsakt erstmals zu einem Schaden verdichtet.

## 15. Steuerbefreiung für Musiklehrer

### **Einführung**

Das UStG befreit Unterrichtsleistungen selbstständiger Lehrer an privaten Schulen und ähnlichen Einrichtungen von der Umsatzsteuer, wenn diese unmittelbar dem Schul- und Bildungszweck dienen. Voraussetzung ist allerdings, dass die zuständige Landesbehörde bescheinigt, dass der Unterricht auf einen Beruf oder eine Prüfung vorbereitet, die vor einer juristischen Person des öffentlichen Rechts abzulegen ist.

### **Fall**

Einem Musiklehrer wurde die Steuerbefreiung für das Jahr 2004 nicht gewährt, da er keine Bescheinigung vorlegen konnte. Nachdem der Bescheid bestandskräftig geworden war, legte der Musiklehrer die notwendigen Bescheinigungen vor. Diese wurden im Jahr 2006 ausgestellt, allerdings mit Rückwirkung auf das Jahr 2001. Das Finanzamt verweigerte aufgrund der Bestandskraft des Bescheides eine Korrektur, da es die Bescheinigung nicht als Grundlagenbescheid ansah, der eine Korrektur rechtfertigen würde.

### **Neues Urteil**

Der BFH gewährt die Steuerbefreiung, da er die Bescheinigung der zuständigen Landesbehörde als Grundlagenbescheid ansieht. Dies ermöglicht wiederum die Korrektur der eigentlich bestandskräftigen Veranlagung.

### **Konsequenz**

Da der BFH die Bescheinigung der Landesbehörde als Grundlagenbescheid qualifiziert, schadet eine nachträgliche Ausstellung der Bescheinigung nicht, solange sie auch für die Vergangenheit Gültigkeit besitzt. Dies bedeutet aber auch, dass die Bescheinigung für die Finanzverwaltung bindend ist. Sie ist daher der Nachprüfung sowohl durch die Finanzverwaltung als auch durch das Finanzgericht entzogen.

## 16. Verfassungsbeschwerde gegen die Zulässigkeit privater Digitalkopien

### **Einführung**

Einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person sind zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern zulässig, sofern sie nicht Erwerbszwecken dienen. Unternehmen der Musikindustrie müssen es aufgrund dieser Norm hinnehmen, dass private Digitalkopien der von ihnen auf den Markt gebrachten Tonträger grundsätzlich zulässig sind. Aufgrund der rasanten technischen Entwicklung in diesem Bereich hat dies erhebliche Absatzrückgänge zur Folge. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügten die Beschwerdeführer, die Norm sei mit dem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG unvereinbar, soweit sie digitale Privatkopien ohne hinreichende Einschränkungen für zulässig erkläre.

### **Entscheidung**

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Die im Dezember 2008 beim Bundesverfassungsgericht eingegangene Verfassungsbeschwerde sei unzulässig, weil sie nicht fristgerecht erhoben worden sei. Richte sich eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz, so könne sie gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG nur binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes erhoben werden. Bleibe die angegriffene Norm inhaltlich unverändert oder werde sie rein redaktionell angepasst, setze kein neuer Fristablauf ein. Die Jahresfrist begann hier nicht deshalb neu zu laufen, weil die Norm durch ein im Januar 2008 in Kraft getretenes Gesetz geändert worden sei, denn der Gesetzgeber habe dabei die in Rede stehende Zulässigkeit digitaler Privatkopien unberührt gelassen. Die gesetzgeberische Klarstellung, dass auch digitale Vervielfältigungen erlaubt sein sollen, sei bereits im Jahr 2003 erfolgt. Es bedürfe zudem keiner Entscheidung, ob die von den Beschwerdeführern beklagte enteignende Wirkung der Norm angesichts einer immer stärkeren Verbreitung privater Digitalkopien den Gesetzgeber dazu zwingt, die private Digitalkopie einzuschränken oder - im Rahmen seines weiten Gestaltungsraums - sonstige Maßnahmen zu ergreifen, um das Eigentumsrecht der Tonträgerhersteller nicht zu entwerten.

### **Konsequenz**

Zum privaten Gebrauch darf man fast alles vervielfältigen. Ausgenommen sind hiervon Datenbankwerke und Computerprogramme. Zudem darf die Vervielfältigung nicht Erwerbszwecken dienen und die Vorlage nicht offensichtlich rechtswidrig sein. Dritte können die Kopien anfertigen, soweit dieses unentgeltlich oder auf Papier erfolgt. Nach der Rechtsprechung dürfen nicht mehr als 7 Exemplare hergestellt werden.

## **17. Krankmeldung nach Streit mit Arbeitgeber**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Durch Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung weist der Arbeitnehmer seine Erkrankung nach. Dabei gilt, dass zunächst davon auszugehen ist, dass die Bescheinigung inhaltlich richtig ist, der Arbeitnehmer also unverschuldet seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nicht nachkommt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Zweifel an der Richtigkeit der Bescheinigung durch den Arbeitgeber nachgewiesen werden können, also die Richtigkeitsvermutung durchbrochen wird. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte nunmehr darüber zu entscheiden, welchen Nachweisgrad der Arbeitgeber hierbei erreichen muss.

### **Entscheidung**

Nach einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers kam es zum Streit mit dem Arbeitgeber, in dessen Verlauf der Arbeitnehmer die Teilnahme an einem Personalgespräch ablehnte, weil ihm schlecht sei und er zum Arzt müsse. Ab dem Folgetag reichte der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ein, woraufhin der Arbeitgeber wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsverweigerung fristlos kündigte. Hiergegen wandte sich der Arbeitnehmer mit Erfolg. Der Arbeitgeber konnte das Arbeitsverhältnis nicht wirksam fristlos kündigen, weil kein hinreichender Kündigungsgrund, insbesondere nicht in der behaupteten Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit, vorgelegen hat. Der Arbeitnehmer hatte seine Arbeitsunfähigkeit durch entsprechende Bescheinigung nachgewiesen, wohingegen der Arbeitgeber begründete Zweifel an deren Richtigkeit nicht nachweisen konnte. Damit war auch die Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht erschüttert. Auch die behauptete Arbeitsverweigerung konnte die Kündigung nicht rechtfertigen. Selbst wenn davon auszugehen sei, dass der Kläger die Absicht gehabt habe, nicht mehr zur Arbeit zu erscheinen, hätte der Arbeitgeber dieses Verhalten abmahnend müssen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung überrascht wenig. Die bloße Vermutung einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung reicht nicht aus, um die Richtigkeitsvermutung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu durchbrechen. Der Arbeitgeber hat alle die Zweifel begründenden Tatsachen zu beweisen.

## **18. Lieferung und Einpflanzung von Pflanzen, zu welchem Steuersatz?**

### **Einführung**

Für sich genommen unterliegt die Lieferung von Pflanzen dem ermäßigten Steuersatz (7 %), das Einpflanzen hingegen dem Regelsteuersatz (19 %). Liefert nun eine Baumschule Pflanzen und übernimmt auch deren Einpflanzung, so sieht die Finanzverwaltung hierin eine einheitliche, dem Regelsteuersatz zu unterwerfende Leistung.

### **Neues Urteil**

Entgegen der Auffassung des BMF sieht der BFH in dieser Fallkonstellation keine einheitliche Leistung. Vielmehr stellen die Lieferung und das Einpflanzen zwei selbstständige Leistungen dar.

### **Konsequenz**

Unternehmen, die Pflanzen liefern, können diese mit dem ermäßigten Steuersatz abrechnen, unabhängig davon, ob sie diese anschließend noch einpflanzen oder nicht. Das Einpflanzen ist dagegen dem Regelsteuersatz zu unterwerfen. Gegen Umsatzsteuerbescheide, die noch auf der

überholten Rechtsauffassung der Finanzverwaltung beruhen, sollte unter Berufung auf das vorliegende Urteil Einspruch eingelegt werden.

## 19. Unternehmensfortführung i. S. v. § 25 Abs. 1 HGB

### Kernaussage

Eine Unternehmensfortführung gemäß § 25 Abs. 1 HGB liegt auch dann vor, wenn nur ein Teilbereich des Unternehmens fortgeführt wird, sofern es sich aus der Sicht des maßgeblichen Rechtsverkehrs um den - den Schwerpunkt des Unternehmens bildenden - wesentlichen Kernbereich handelt. Für die Frage, ob der wesentliche Kernbereich des Unternehmens fortgeführt wurde, kommt dem Wert des Unternehmensteils maßgebliche Bedeutung zu.

### Sachverhalt

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung von rd. 71.000 EUR wegen einer Adressenlieferung sowie unter dem Gesichtspunkt der Haftung wegen Firmenfortführung nach § 25 HGB. Nach Ansicht des LG haftete die Beklagte gemäß § 25 HGB für die Forderung der Klägerin gegen die frühere K-GmbH (nunmehr die insolvente F-GmbH), weil die Forderung dem Geschäftsbereich "Adressen" zuzuordnen sei. In Bezug auf diesen Geschäftsbereich habe die Beklagte das Handelsgeschäft der K-GmbH erworben und die Firma fortgeführt. Das OLG hob das Urteil auf und verneinte einen Anspruch der Klägerin aus § 25 HGB, weil diese nicht ausreichend bewiesen habe, dass mit dem Geschäftsbereich "Adressen" der wesentliche Kern des früheren Unternehmens der K-GmbH übernommen worden sei. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hin hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG zurück.

### Entscheidung

Das OLG hat die Anforderungen an den Vortrag der Klägerin verfahrensfehlerhaft in einer gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Artikel 103 GG) verstößenden Weise überspannt. Mit der Beurteilung, der Vortrag der Klägerin zum Wert der Unternehmensbereiche sei "in keiner Weise konkretisiert und daher weder aussagekräftig noch einer Sachaufklärung zugänglich", hat das Gericht folgendes nicht erkannt: eine Partei genügt ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Die erforderlichen Unterlagen hätten von der Klägerin auf richterlichen Hinweis beigebracht werden können. Damit wäre es einem Sachverständigen zumindest möglich gewesen, allgemeingültige Aussagen über die Wertverhältnisse der verschiedenen Geschäftsbereiche zu treffen. Ein Indiz dafür, dass der übernommene Bereich "Adressen" der wesentliche Bestandteil der früheren K-GmbH war, könne nach Ansicht des BGH etwa der von der Beklagten gezahlte Kaufpreis sein.

## 20. Abspaltung durch Neugründung bewirkt keine Gesamtrechtsnachfolge

### Kernaussage

Bei einer Abspaltung durch Neugründung (§ 123 Abs. 2 Nr. 2 UmwG) ist der übernehmende Rechtsträger nicht Gesamtrechtsnachfolger des übertragenden Rechtsträgers. Dieser bleibt deshalb jedenfalls unter Geltung von § 132 UmwG Steuerschuldner.

### Sachverhalt

Die klagende GmbH & Co. KG, eine ländliche Erzeugergemeinschaft, ermittelte ihren Gewinn jeweils für den Zeitraum vom 1.7. bis 30.6. des Folgejahres (abweichendes Wirtschaftsjahr). Mit Beschluss vom August 1997 hatte sie den Vermögensteil "Pflanzen- und Mastbetrieb" zum Stichtag 31.5.1997 auf die dadurch neu gegründete KG abgespalten und den "Milchbetrieb" zurückbehalten (Abspaltung zur Neugründung gemäß § 123 Abs. 2 Nr. 2 UmwG). Der Spaltungsplan sah vor, dass neben den sämtlichen Aktiva und Passiva, die dem abzuspaltenen Unternehmensteil zuzuordnen waren, auch sämtliche bekannten und unbekannten Steuerverbindlichkeiten, die sich aus Außenprüfungen ergaben und den Zeitraum vor dem Spaltungsstichtag betrafen, übernommen werden sollten. Abweichend von der Gewerbesteuererklärung der Klägerin wurde der Gewerbesteuermessbetrag vom beklagten

Finanzamt für 1996 auf 7.630 EUR und für 1997 - im Anschluss an eine Außenprüfung - auf 20.270 EUR festgesetzt. Dem lagen 11/12 hinsichtlich des für das Wirtschaftsjahr 1996/1997 ermittelten Gewinns betreffend die ausgelagerten Vermögensteile zuzüglich des gesamten Gewinns aus dem Milchbetrieb zugrunde. Das FG gab der Klage unter Verweis auf die Feststellungen des Spaltungsplans statt, der BFH hob das Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück.

### **Entscheidung**

Im Fall des Vorliegens eines gewerblichen Unternehmens ist die gewerbesteuerrechtliche Schuldnerstellung der Klägerin auch hinsichtlich der Ansprüche, die auf die Zeit bis zum steuerlichen Übertragungstichtag entfallen, nicht auf die durch Abspaltung neu gegründete KG übergegangen. Wer Steuerschuldner ist, bestimmt sich nach § 43 Satz 1 AO. Die Steuerschuld geht auf einen Rechtsnachfolger generell nur nach § 45 AO, d. h. nur bei Gesamtrechtsnachfolge, über. Der Übergang von Vermögensteilen durch Abspaltung ist indes nicht als Gesamtrechts-, sondern als Sonderrechtsnachfolge zu qualifizieren, so dass eine Zuordnung unter § 45 AO unterbleiben muss. Der BFH bestätigte mit der Entscheidung seine ständige Rechtsprechung, dass bei Abspaltungen zur Neugründung der übernehmende Rechtsträger nicht Gesamtrechtsnachfolger des übertragenden Rechtsträgers wird und dieser damit Steuerschuldner bleibt.

## **21. Anwaltliche Beratungsfehler bei Gesamthandsgemeinschaften**

### **Kernaussage**

Der Abfindungsanspruch des Ausgeschiedenen aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts richtet sich gegen die übrigen Gesellschafter persönlich, nicht gegen die Gesellschaft in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Hiergegen kann nicht mit einem Erstattungsanspruch wegen Begleichung von Steuerverbindlichkeiten aufgerechnet werden, weil es sich dabei um einen Anspruch der GbR handelt. Es fehlt an der für eine Aufrechnung erforderlichen Gleichartigkeit der Forderungen.

### **Sachverhalt**

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Abfindung wegen des Ausscheidens aus einer vormals gemeinsam geführten Steuerberatungs- und Rechtsanwaltssozietät in Anspruch. Über die Ermittlung des Abfindungsguthabens streiten die Parteien. Hierbei macht der Beklagte geltend, der Kläger müsse sich den Wert der von ihm in sein Einzelunternehmen "mitgenommenen" Mandate auf seinen Abfindungsanspruch anrechnen lassen; hinsichtlich des verbleibenden Anspruchs greife die Aufrechnung mit einem Ausgleichsanspruch für die seitens der Sozietät getilgten Steuerverbindlichkeiten. Mit derselben Begründung wies das LG die Klage ab. Der Kläger erklärte in der Berufungsinstanz in Höhe des Aufrechnungsbetrages den Rechtsstreit für erledigt und verfolgte im Übrigen sein Begehr weiter. Das OLG gab der Klage teilweise statt.

### **Entscheidung**

Dem Kläger steht der geltend gemachte Abfindungsanspruch gegen die Beklagten zu. Allerdings war die vom LG vorgenommene Anrechnung der vom Kläger nach seinem Ausscheiden aus der Sozietät weitergeführten Mandate richtig. Diese schmälern das Abfindungsguthaben. Ist ein Ausgleich gesellschaftsvertraglich nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich ein solcher durch eine regelmäßig vorzunehmende ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB). Durch die Weiterführung der Mandate fließt dem Ausscheidenden dieser Teil des Wertes der Gesellschaft zu. Die Erledigungserklärung des Klägers ging indes ins Leere, denn es fehlte an einer Aufrechnungslage, so dass die Klageforderung nicht erloschen war. Der Abfindungsanspruch war nämlich gegen die Gesellschafter der Sozietät persönlich geltend zu machen (§ 738 BGB), die Gegenansprüche wegen Begleichung von Steuerschulden aber waren solche der Sozietät gegen den Kläger. Die Ansprüche standen nicht im erforderlichen Gegenseitigkeitsverhältnis (§ 387 BGB).

## **GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer**

## 1. Wertaufholung bleibt zunächst steuerfrei

### **Kernproblem**

Anteile an Kapitalgesellschaften sind nicht abnutzbare Wirtschaftsgüter, die folglich nicht planmäßig, sondern allenfalls außerplanmäßig abgeschrieben werden können. Ist eine solche Teilwertabschreibung in der Vergangenheit erfolgt, so muss zu jedem nachfolgenden Bilanzstichtag geprüft werden, ob die Gründe für die Wertminderung noch bestehen. Sind diese Gründe ganz oder teilweise entfallen, muss eine Zuschreibung bis maximal zur Höhe der Anschaffungskosten vorgenommen werden. Die steuerlichen Auswirkungen können dabei davon abhängen, wie die vorangegangenen Abschreibungen steuerlich behandelt worden sind.

### **Sachverhalt**

Eine Druckerei-GmbH hielt im Umlaufvermögen Aktien von Publikumsgesellschaften. Bis zum 31.12.2001 waren hierauf Teilwertabschreibungen mit steuerlicher Wirkung in Höhe von 387.000 EUR vorgenommen worden. Im Jahr 2002 kamen aufgrund gesunken Kurswerte noch einmal Abschreibungen in Höhe von 271.000 EUR hinzu, die jedoch aufgrund einer gesetzlichen Neuregelung (§ 8b Abs. 3 KStG) nicht mehr steuerlich geltend gemacht werden konnten. In den Jahren 2003 und 2004 erholten sich die Kurswerte der Aktien wieder leicht und die GmbH nahm Zuschreibungen in Höhe von 131.000 EUR bzw. 13.000 EUR vor.

### **Entscheidung**

Grundsätzlich sind bei einer Kapitalgesellschaft Erträge aus der Zuschreibung auf Anteile an anderen Kapitalgesellschaften - ebenso wie etwaige Veräußerungsgewinne - steuerfrei. Dies gilt allerdings nicht, soweit die Anteile in den früheren Jahren steuerwirksam auf einen niedrigeren Teilwert abgeschrieben worden sind. Unklar war die Rechtslage bislang, wenn - wie im Urteilsfall - in der Vergangenheit sowohl steuerwirksame wie auch steuerunwirksame Teilwertabschreibungen erfolgt sind. Diese Frage nach der Reihenfolge von Zuschreibungen hat der Bundesfinanzhof nun entschieden. Nach dem Urteil sind Zuschreibungen zunächst mit den nicht steuerwirksamen und erst im Anschluss mit den steuerwirksamen Abschreibungen zu verrechnen. Im Streitfall blieben die Zuschreibungen der Jahre 2003 und 2004 daher steuerfrei, weil sie die Höhe der steuerunwirksamen Abschreibungen nicht überschritten.

### **Konsequenz**

Das Urteil ist systematisch überzeugend und aus Sicht der Unternehmen zu begrüßen. Die gleichen Grundsätze gelten auch, wenn der Gewinn nicht durch Zuschreibungen, sondern durch Veräußerung realisiert wird. Ab 2009 kommt durch das BilMoG eine weitere Änderung hinzu: Die bisher geltende Abschreibungspflicht bei dauernder Wertminderung wird steuerlich durch ein Abschreibungswahlrecht ersetzt. Auf wegen § 8b KStG ohnehin steuerunwirksame Teilwertabschreibungen dürften Kapitalgesellschaften dann regelmäßig verzichten.

## 2. Verunglückte Organschaft durch zu späte Eintragung

### **Kernproblem**

In Unternehmensgruppen und Konzernen wird das Instrument der körperschaftsteuerlichen und gewerbesteuerlichen Organschaft häufig genutzt, um einen Verlustausgleich zwischen den verschiedenen Gesellschaften zu ermöglichen und steuerliche Nachteile (z. B. gewerbesteuerliche Hinzurechnungen, vGA-Risiken, Schachtelstrafen) zu vermeiden. Für die steuerliche Anerkennung der Organschaft sind jedoch strenge formale Kriterien zu erfüllen, die in der Praxis häufig nicht ausreichend beachtet werden.

### **Sachverhalt**

Eine GmbH wurde im Februar 1996 notariell errichtet und im August 1996 ins Handelsregister eingetragen. Im November 1996 schloss die GmbH mit ihrer Mehrheitsgesellschafterin, einer KG, einen "Organschaftsvertrag", in dem sie sich zur Abführung ihres gesamten Gewinns verpflichtete. Der Vertrag sollte erstmals Anwendung auf das Wirtschaftsjahr finden, das mit der Eintragung der GmbH begann, und wurde für die Dauer von fünf Jahren geschlossen. Bereits der Gewinn des Jahres 1996 wurde an die KG abgeführt. Der Vertrag wurde im September 1998 ins Handelsregister der GmbH

eingetragen. Das Finanzamt erkannte die Organschaft nicht an, das Finanzgericht bestätigte dies. Nach Auffassung des FG erfordere das Gesetz eine Mindestvertragslaufzeit von fünf Zeitjahren. Eine Laufzeit von lediglich fünf Geschäftsjahren, von denen das erste (1996) ein Rumpf-Geschäftsjahr darstellt, reiche nicht aus.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof verweigerte im Ergebnis ebenfalls die Anerkennung der Organschaft, jedoch mit anderer Begründung. Für das Jahr 1996 lag keine Organschaft vor, weil der Gewinnabführungsvertrag nicht bis zum Ende des Folgejahres in das Handelsregister eingetragen worden war. Und ab dem Jahr 1997 konnte keine Organschaft mehr vorliegen, da der Vertrag nur noch eine Laufzeit von vier Jahren aufwies. Auf die Frage, ob für die Mindestlaufzeit auf Wirtschaftsjahre oder Zeitjahre abzustellen ist, musste der BFH nicht eingehen.

### **Konsequenz**

Die Fälle verunglückter Organschaften in der Rechtsprechung des BFH häufen sich inzwischen. Für sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen (finanzielle Eingliederung, Mindestlaufzeit, Wirksamkeit, tatsächliche Durchführung, Ausgleichszahlungen) bietet die BFH-Rechtsprechung einen reichhaltigen Fundus an vermeidbaren Fehlern. Im Streitfall ging es um das Zusammenspiel von Wirksamkeit und Mindestlaufzeit. Dabei ist erschwerend zu beachten, dass zwischenzeitlich - anders als in den Streitjahren - die Eintragung bereits in dem Wirtschaftsjahr erfolgen muss, für das der Ergebnisabführungsvertrag erstmals gelten soll.

## **3. Abzinsungspflicht für unverzinsliche Gesellschafterdarlehen**

### **Kernproblem**

Seit dem Jahr 1999 besteht für bilanzierende Unternehmen die Pflicht, unverzinsliche Verbindlichkeiten und Rückstellungen mit einer (Rest-) Laufzeit von mindestens 12 Monaten in der Steuerbilanz mit einem Zinssatz von 5,5 % abzuzinsen. Geschaffen wurde diese Regelung insbesondere für Rückstellungen, die aufwandswirksam eingebucht werden. Umstritten war hingegen die Frage, ob die Vorschrift auch erfolgsneutral entstandene Verbindlichkeiten erfasst. Wichtigster Anwendungsfall dürften Gesellschafterdarlehen bei einer GmbH sein, die häufig ohne Verzinsung und ohne Vereinbarung einer festen Laufzeit gewährt werden.

### **Sachverhalt**

Im Jahr 1998 hatte ein Gesellschafter "seiner" GmbH ein Darlehen über 16 Mio. DM gewährt, das der Finanzierung einer von der GmbH zu erwerbenden Beteiligung dienen sollte. Ein schriftlicher Darlehensvertrag wurde erst im Jahr 2005 abgeschlossen. Dieser sieht eine Verzinsung des Darlehens ab dem 1. Januar 2004 mit 1 % p. a., jedoch keine bestimmte Laufzeit vor. Das Finanzamt nahm für das Jahr 1999 eine Abzinsung vor, wobei es von einer Laufzeit von sieben Jahren ausging.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat - wie bereits die Vorinstanz - die Auffassung des Finanzamts bestätigt. Nach Ansicht des BFH unterliegen auch unverzinsliche Gesellschafterdarlehen der Abzinsungspflicht. Dies gelte auch dann, wenn die Darlehenslaufzeit unbestimmt sei. In diesen Fällen solle die Laufzeit nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geschätzt werden. Aus dem formalen Argument, wonach das Darlehen nach den Vorschriften des BGB mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden kann, folgt nach Auffassung der BFH-Richter keine Ausnahme von der Abzinsungspflicht.

### **Konsequenz**

Gesellschafterdarlehen sind unter dem Aspekt der Abzinsung gleich doppelt gefährlich: Zum einen werden solche Darlehen nicht selten - insbesondere bei einer Krise der GmbH - unverzinslich gewährt, zum anderen fehlt auch häufig die Vereinbarung einer festen Laufzeit. Im Zweifel geht die Finanzverwaltung hier von einer unbestimmten Laufzeit aus. Der in diesem Fall anzuwendende Abzinsungsfaktor von 0,503 führt in der Steuerbilanz zu einer annähernden Halbierung der Schuld. Abhilfe kann die vertragliche Vereinbarung einer Verzinsung schaffen. Der vereinbarte Zinssatz kann dabei auch deutlich unter dem Marktzins liegen.

#### 4. **Organgesellschaft zahlt Steuerschuld des Organträgers: Insolvenzanfechtung?**

##### **Kernaussagen**

Bezahlt in einer umsatzsteuerlichen Organschaft die Organgesellschaft kurz vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen die Steuerschulden des Organträgers, ist die Zahlung nach § 134 InsO anfechtbar, wenn die Steuerforderung gegenüber dem Organträger nicht werthaltig war.

Bezahlt die Organgesellschaft trotz Leistungsfähigkeit des Organträgers die Schuld vor Fälligkeit, ist dies gegenüber dem Finanzamt, das nicht Insolvenzgläubiger ist, nicht anfechtbar.

##### **Sachverhalt**

Der Organträger schuldete für den Monat Februar 2003 Umsatzsteuer, die die Organgesellschaft bereits Ende Februar per Überweisung an das beklagte Finanzamt beglich. Tags darauf beantragte der Organträger die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Organgesellschaft. Deren Insolvenzverwalter, der Kläger, erklärte bezüglich der Steuerzahlung die Anfechtung (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO), weil der Beklagte eine Befriedigung erlangt habe, auf die er zum damaligen Zeitpunkt noch keinen Anspruch gehabt habe. Der Beklagte kehrte den Betrag zunächst aus, forderte ihn aber später unter Berufung auf eine rechtsgrundlose Leistung durch Bescheid wieder zurück. Einspruch und Klage dagegen blieben erfolglos.

##### **Entscheidung**

Die Zahlung des Beklagten in die Insolvenzmasse erfolgte ohne rechtlichen Grund. Der Kläger hatte keinen Anspruch auf Rückzahlung, weil die Voraussetzungen für eine Anfechtung nicht vorlagen. Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist eine im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Rechtshandlung anfechtbar, wenn sie zu einer Benachteiligung der Insolvenzgläubiger führt. Schuldner der Umsatzsteuer war hier aber - wegen der Organschaft - nicht die Organgesellschaft als spätere Insolvenzschuldnerin, sondern der Organträger. Die Organgesellschaft hatte folglich eine fremde Schuld getilgt. Der Beklagte war aber nicht Insolvenzgläubiger. Die Zahlung der Organgesellschaft war nicht im Wege der Anfechtung rückgängig zu machen, denn zur Masse gehört auch ein Rückgriffsanspruch gegen den Schuldner, dessen Schuld (hier des Organträgers) der Insolvenzschuldner erfüllt hat. Die Insolvenzgläubiger waren deshalb nicht benachteiligt.

#### 5. **Erkennbarkeit des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch GmbH-GF**

##### **Kernaussage**

Ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch einen Geschäftsführer einer GmbH ist für einen Rechtsanwalt als Geschäftspartner objektiv evident, wenn der Geschäftsführer in Vertretung der Gesellschaft einen hohen Geldbetrag auf ein Anderkonto des Rechtsanwalts überweist, um sich diesen sogleich in bar übergeben zu lassen, ohne dass für die Transaktion ein plausibler Grund vorliegt.

##### **Sachverhalt**

Die klagende GmbH nimmt den beklagten Rechtsanwalt wegen der Übernahme und Durchführung eines Mandats zur Abwicklung eines vermeintlichen Bargeschäfts über dessen Anderkonto auf Schadensersatz in Höhe von rd. 450.000 EUR in Anspruch. Der Geschäftsführer der Klägerin hatte dem Beklagten mitgeteilt, dass die Gesellschafter der Klägerin erhebliche Eigenmittel in Binnenschiffe investieren wollten; das Geld läge bei der Bank. Um deren Kenntnisserlangung von dem Erwerb zunächst zu vermeiden, wurde der Geldtransfer über das Anderkonto des Beklagten abgewickelt. Bei der Überweisung von der Bank an das Anderkonto hatte der Geschäftsführer der Klägerin die Unterschrift eines Gesellschafters gefälscht. Fünf Tage später übergab der Beklagte dem Geschäftsführer der Klägerin das Geld in bar; dieser wird seither mit Haftbefehl gesucht. Das Landgericht wies die Klage ab, das OLG gab ihr statt.

##### **Entscheidung**

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung. Der Geschäftsführer der Klägerin hat seine nach § 35 GmbHG für den Abschluss des Vertrages bestehende Vertretungsmacht missbraucht, indem er das Geld nach Auszahlung von dem Anderkonto veruntreut hat. Damit war es

dem Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Willenserklärung des Vertreters zu berufen, mit der Folge, dass er sich wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag behandeln lassen muss. Zwar obliegt dem Vertragspartner im Allgemeinen keine besondere Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist. Wer einen Vertrag mit einer GmbH abschließen will, braucht sich nicht darum zu kümmern, ob der Geschäftsführer die Schranken seiner Befugnis einhält. Das Vertrauen ist aber dann nicht mehr schutzwürdig, wenn beim Vertragspartner begründete Zweifel an der Integrität des Vertreters entstehen müssen. Hier war der Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer der Klägerin für den Beklagten aufgrund massiver Verdachtsmomente so evident, dass er mit einem der Gesellschafter hätte Kontakt aufnehmen oder das Mandat ablehnen müssen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Team vom Steuerbüro Knoblauch